

**“¿EL RETORNO DE LA CALIFICACIÓN DE CONDUCTA?
A PROPÓSITO DE LA TRANSPARENCIA EN LAS CONDUCTAS DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS”
Francisco JUNYENT BAS**

Abstract: Se analiza la necesidad de articular un sistema de determinación de responsabilidades y de calificación de conductas, en especial cuando la persona física o jurídica se encuentra en dificultades económicas y/o financieras que puedan llevar a la insolvencia.

Palabras Claves: INHABILITACIÓN AUTOMÁTICA – QUIEBRA – CALIFICACIÓN DE CONDUCTA DEL FALLIDO – RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES SOCIETARIOS – ENTIDADES DEPORTIVAS

I. Introducción

Desde los ámbitos empresarios y académicos se reclama en los últimos tiempos la necesidad de dictar reglas de “buen gobierno” que tiendan a transparentar la conducta de los administradores, en especial de las grandes empresas.

Por otro lado, también cuando nos acercamos a la “empresa familiar” e incluso a la persona física, el reclamo de los operadores se dirige a asegurar la información adecuada en la obtención de créditos, como así también en asegurar un correcto origen y aplicación de fondos.

En esta inteligencia, destacados juristas extranjeros y nacionales puntualizan la necesidad de articular un sistema de determinación de responsabilidades, y específicamente, de calificación de conductas, en especial, cuando la persona física o jurídica se encuentra en dificultades económicas y/o financieras que puedan llevar a la insolvencia.

Esta preocupación nos conduce a analizar la historia de nuestra legislación en torno a lo que clásicamente se denominó “calificación de conducta” para poder discernir los caminos que la historia de las instituciones jurídicas nos muestran.

II. La calificación de conducta en la ley 19.551

La calificación del deudor fallido es un instituto que viene de lejos, ya que el Código de Comercio de Vélez de 1859, que regulaba solamente la quiebra, lo regulaba mediante un juicio ordinario de conocimiento.

Ahora bien, el régimen al cual la doctrina patria ha referido siempre es el que fue formulado por la ley 11.719 de 1930, siguiendo la legislación del derecho comparado, y que se consolidó con la sanción de la ley 19.551, de 1972, en los artículos 235 a 252.

Dicho régimen que, tal como reconoce Truffat en su comentario en esta página fue criticado por su falta de eficacia jurídica, perseguía una modalidad de sanción comercial que se encontraba en cabeza del juez concursal.

En este aspecto, el art. 242 de aquél ordenamiento disponía correctamente que la acción penal que correspondiere era independiente de la calificación de conducta, y que la resolución dictada por el juez comercial no obligaba al juez penal ni importaba cuestión prejudicial.

En esta línea, es bueno recordar que a los fines de la calificación de conducta de los administradores, gerentes, directores y síndicos de las sociedades se establecía un período de retroacción desde la fecha inicial de cesación de pagos y para ello, no regía el límite de retroacción establecido para la ineficacia concursal.

En una palabra, se refería a la unión real entre la quiebra económica y la quiebra jurídica.

III. El incidente de calificación de conducta

III. 1. La definición de la conducta de los administradores y los cómplices en la insolventación empresaria

La normativa permitía calificar la conducta de los cómplices de conformidad al art. 240, justamente para responsabilizarlos por los daños causados imponiéndole en primer lugar, reintegrar los bienes sobre los que hubiera recaído su complicidad, a pagar al concurso los daños y perjuicios, y en un verdadero avance a lo que hoy se denomina “daño punitivo”, establecían la obligación de que el cómplice pagara al concurso una suma igual a la que se intentó sustraer.

En esta línea, el art. 238 señalaba que correspondía calificar la conducta de administradores, gerentes, directores, fundadores y liquidadores que hubiesen incurrido en las conductas pautadas en los arts. 235 y 236.

Las normas citadas describían la conducta fraudulenta como aquella que disminuye indebidamente el activo, por haber dejado de cumplir con la obligación de llevar contabilidad legal, otorgado preferencias indebidas a los acreedores, abusado de los créditos, o negado información y contenía un elenco de actos en dieciséis incisos precisados en el art. 235.

Por su parte, la conducta culpable tenía como directriz el abandono de los negocios, o actos de negligencia de influencia manifiesta, que también se describía en trece incisos, y de los cuales se destaca el llevar irregularmente la contabilidad y utilizar medios ruinosos para procurarse recursos.

Desde otro costado, el art. 240 disponía que el cómplice del fallido era aquel que concurría a los actos de disminución del activo, o a crear deudas ficticias sin causa o modificando las preferencias, en una fórmula similar a la del actual art. 173, segundo párrafo de la ley 24.522.

III. 2. La articulación de la vía jurisdiccional

La determinación de esta responsabilidad tramitaba por incidente, y no excluía cualquier otra sanción civil o penal que correspondiera.

Cabe destacar que del art. 246 al establecer las sanciones del cómplice disponía que debía reintegrar los bienes sobre los que hubiera recaído su complicidad, y pagar los daños y perjuicios al concurso, pero agregaba, como un adelanto que nuestra doctrina nunca ponderó adecuadamente, una “pena civil”, hoy diríamos daño punitivo, que implicaba pagar al concurso una suma igual a la que se intentó sustraer.

El aludido incidente se promovía de oficio y con un ejemplar del informe del síndico que tenía obligación de pronunciarse sobre la conducta del deudor y su administradores, y de los eventuales cómplices, siendo parte los imputados, el Ministerio Fiscal y el síndico.

Una vez dictada la resolución definitiva que calificaba a la conducta como culpable, fraudulenta o cómplice, se remitía el incidente a la justicia penal, se comunicaba al Registro de Concursos y al Registro Público de Comercio, y se publicaba mediante edictos en el diario de comunicación.

En una palabra, el régimen era completo, y la afirmación sobre su “inutilidad” siempre fue la “parte del relato” de un neoliberalismo que favorecía a los sectores empresarios.

III. 3. Las críticas de la doctrina

En esta inteligencia, la doctrina mayoritariamente se hizo cargo de este último discurso, es decir, de la “supuesta inutilidad” de la calificación de conducta, y hoy sufrimos las consecuencias de no contar con un régimen que traía una sanción profesional y que no se confundía con la persecución penal.

En esta línea, hay que decir que el primero en oponerse a su derogación fue el maestro cordobés Don Héctor Cámara, quien decía que cualquier modificación en este ámbito requería una persecución penal eficaz.

En este sentido, la supuesta inutilidad de la calificación de conducta hacía a la práctica de la justicia comercial capitalina, y nada tenía que ver con el interior del país, donde los incidentes tramitaban normalmente, y se calificaba la conducta, más allá de que no hubiera persecución penal.

Así, la declamada “inutilidad del sistema” formó parte de un discurso claramente direccionado a la eliminación de un esquema legal que, aunque sea por su presencia en la normativa vigente, producía su preocupación en los ámbitos empresarios.

Hoy, el elevado nivel de corrupción, tanto a nivel público como privado, y concretamente cuando las personas se hallan en dificultades económicas, despierta nuevamente el reclamo de la doctrina de buscar vías de determinación de la conducta.

IV. La ley 24.522

IV. 1. El esquema de la inhabilitación automática

Desde esta perspectiva, la ley 24.522 bajo el velo de la inaplicabilidad del régimen de calificación de conducta, pero en realidad imbuida de un discurso liberal propio de la década de los `90, lo derogó y lo modificó por la actual inhabilitación automática que establece el art. 234 y 235.

En este sentido, la inhabilitación del fallido y de los integrantes del órgano de administración alcanza a quienes se hayan desempeñado a partir de la fecha de cesación de pagos, justamente para poder iniciar las acciones de responsabilidad regladas en los arts. 173 a 176 de dicho cuerpo normativo.

Ahora bien, la inhabilitación cesa de pleno derecho al año de la sentencia de quiebra, y este efecto personal produce un impacto en el régimen patrimonial que impone el desapoderamiento desvirtuando su finalidad.

En efecto, hay que recordar que el art. 107 establece puntualmente que el fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de la declaración de la quiebra, y de los que adquiriera hasta su rehabilitación.

Esta confusión entre efectos patrimoniales y personales es patente y lleva a resultados no queridos.

IV. 2. La “descarga” de créditos

Así, una vez producida la rehabilitación cesa el desapoderamiento y consecuentemente, el deudor fallido queda liberado de las deudas anteriores que sólo pueden atacar la masa integrada por los bienes desapoderados.

De esta forma, se produce la “descarga” de las deudas y lo que la doctrina anglosajona denomina “fresh start” dando nacimiento a una nueva masa de bienes que no puede ser agredido por los acreedores anteriores, pero sin distinguir si la conducta ha sido casual, culpable o fraudulenta, aspecto que sí contemplaba el viejo régimen de la ley 19.551.

En este aspecto, cabe destacar que obviamente en todo régimen falencial debe existir una fecha de corte y una alternativa de “nuevo comienzo”, pero éste debe depender indudablemente de la conducta de los administradores y de los eventuales cómplices.

Ahora bien, estos aspectos no son los únicos desajustes de la actual ley vigente, sino que el sistema de prórroga “mezcla” aspectos comerciales y penales, lo que no hacía el viejo régimen de la ley 19.551.

IV. 3. Las críticas al régimen de prórroga

En efecto, actualmente, el art. 236 de la ley 24.522 establece que si el juez concursal considera que el fallido se encuentra “prima facie” incurso en delito penal, debe prorrogar la inhabilitación y lo mismo sucede si aquél es sometido a proceso penal.

Como se advierte, la norma es abiertamente inconstitucional, pues viola el principio de inocencia, art. 18 de la Carta Magna y 1 y 2 del Código Penal, y pone de relieve el desconocimiento del legislador, pues el juez concursal no puede presumir un delito penal, y ni siquiera la existencia de proceso en dicha sede permite la prórroga pues, cualquier persona es inocente hasta que no se demuestre lo contrario por condena pasada en autoridad de cosa juzgada.

IV. 4. Una calificación mercantil ineficaz

Desde otro costado, los efectos de la inhabilitación contemplados en el art. 238 que impiden ejercer el comercio por sí o por interpósita persona, ser administrador, gerente, sindico, liquidador o fundador de sociedades, ni integrar sociedades o ser factor o apoderado con facultades generales, tienen como centro al comerciante o a las sociedades y sus administradores, pero con relación a la persona natural o civil, virtualmente carecen de eficacia.

En una palabra, el actual sistema argentino es claramente inferior al régimen de la ley 19.551, el cual nadie estudia en profundidad, pues no es otra cosa que la “calificación profesional o deontológica”.

V. La reformulación en la ley 25.284

V. 1. La crisis de las entidades deportivas

Desde esta perspectiva, también conviene recordar que la crisis de las entidades deportivas y la necesidad de articular un sistema de salvataje llevó a que el legislador nacional sancionara la ley 25.284, creando el régimen de administración fiduciaria de este tipo de sujetos.

No es ahora la oportunidad para explicar en detalle este sistema, que tiene muchas deficiencias, pero que correctamente reformulado puede servir para las grandes empresas en crisis pues, es un sistema de “reversión” de la quiebra.

Así, una vez declarada la quiebra de una entidad deportiva el art. 5 dispone que el juez debe suspender la liquidación y articular el fideicomiso de administración con control judicial.

Este fideicomiso implica la totalidad de los bienes que integran el patrimonio de la entidad en cuestión, principio de universalidad, y el desplazamiento de los órganos falenciales, concretamente la sindicatura, que es reemplazada por un fiduciario conformado por tres miembros; a saber: un abogado, un contador y un idóneo en actividades deportivas.

La finalidad de la administración fiduciaria es sanear el pasivo mediante una gestión proba, idónea, profesional y controlada judicialmente, garantizando los derechos de los acreedores, superando el estado de insolvencia, y recobrando el normal desempeño de la entidad, de conformidad al art. 2 de dicho cuerpo legal.

El órgano fiduciario es designado por el juez concursal mediante un sistema de sorteo, tal como lo establece el art. 10, y la responsabilidad de los fiduciarios se mide por el estándar del “buen hombre de negocios”, art. 12, de manera tal que responderán ilimitada y solidariamente por los daños y perjuicios que causaran por su culpa grave.

En este sentido, se produce la consolidación del pasivo y el órgano fiduciario no sólo gestiona la empresa sino que determina las deudas, mediante la verificación de los créditos, e individualiza los bienes fideicomitidos para determinar el valor realizable, elaborando un informe anual de ingresos y egresos.

De toda esta labor de recuperación y saneamiento de la empresa debe rendir cuentas al juez, y distribuir los resultados entre los acreedores.

El plazo del fideicomiso tiene una extensión de 12 años, lo que permite un tiempo más que prudencial para recuperar la empresa, y en nuestro país la mayoría de los fideicomisos de entidades deportivas han tenido éxito, más allá del cuestionable sistema de cancelación de deudas, que implica una verdadera “licuación de pasivos” que debe ser reformulado.

V. 2. Una nueva modalidad de calificación de conducta

V. 2. a. La instrucción de sumarios administrativos

Este régimen de administración fiduciaria de las entidades deportivas contiene una “modalización” de la vieja calificación de conducta, pero de muy inferior calidad normológica a la reglada en la ley 19.551, y que hemos relatado brevemente en los apartados anteriores.

En efecto, el art. 14 inc. “L” impone al órgano fiduciario “instruir sumarios administrativos a las tres últimas administraciones de la entidad siempre que existan presunciones de la comisión de actos contrarios a las leyes, estatutos o reglamentos, y de los cuales pueda derivarse un perjuicio contra la entidad involucrada, debiendo asegurarse el derecho de defensa de los sumariados”.

Tal como se advierte, la norma es clara en cuanto intenta establecer mediante la correspondiente investigación la actuación de administradores en orden a la gestión empresaria que llevó a la entidad deportiva a la situación de insolvencia.

V. 2. b. El dictamen sobre las irregularidades como fundamento de las acciones civiles y penales de responsabilidad

Este sistema impone al órgano fiduciario a emitir un dictamen en 90 días, donde debe pronunciarse sobre la existencia o no de las irregularidades, el carácter de ellas, la identificación de los responsables y la apreciación del monto del perjuicio.

La pieza procesal que cierra la investigación de la sindicatura requiere opinión fundada sobre la eventual iniciación de las acciones civiles y penales que correspondan.

Tal como se advierte, la actual reformulación de la ley 25.284 ha intentado, con mucho menor lucidez que la del legislador de la ley 19.551, investigar a los responsables de la insolvencia, pero sin terminar con una sanción comercial como lo era en el régimen derogado, sino en una resolución donde se establezcan las bases para las eventuales acciones de responsabilidad.

Va de suyo que se trata de un trámite “administrativo”, aun cuando haya contienda pues se debe citar a los supuestos responsables para respetar el derecho de defensa, todo lo cual, demuestra un patente desconocimiento de este tipo de investigaciones.

En efecto, más allá de las facultades del síndico, se debió respetar el carácter jurisdiccional del trámite, como lo hacía el régimen de la 19.551, de manera tal que el juez pudiera cerrarlo puntualizando el tipo de conducta reprochable y, consecuentemente, impedir el levantamiento de la inhabilitación como sanción profesional.

En esta misma línea, dicha resolución serviría de base para la referida iniciación de acciones de responsabilidad, tal como siguen reglada en los arts. 173 a 176 de la ley 24.522 e incluso para realizar las presentaciones en el fuero penal que correspondieran.

VI. Primeras reflexiones

VI. 1. Las inconductas que debieran definirse

Desde esta perspectiva, y pese a que no puede negarse la existencia de “promiscuidad” de las gestiones de los empresarios de los clubes de fútbol que condujeron a la quiebra a sus entidades, no hay antecedentes en Argentina sobre la formalización de los sumarios y tampoco se conoce si se han iniciado acciones de responsabilidad pese a que en algún proceso, al menos se efectuaron las denuncias penales.

Ahora bien, debe quedar absolutamente claro que el régimen penal es actualmente sumamente “lábil” como para alcanzar a la delincuencia económica y normalmente, lo que en el lenguaje forense se denomina “la ausencia de preso”, lleva a la prescripción de este tipo de causas.

En una palabra, este sistema muy posterior a la ley 24.522 intentó no una calificación de conducta profesional, pero al menos una modalidad tendiente a establecer las responsabilidades civiles y penales.

Hasta ahora, no ha dado los resultados buscados por el legislador.

VI. 2. En busca de un “aggiornamento” de la calificación de conducta

En consecuencia, hay que releer la ley 19.551, que tuvo un esquema de calificación profesional que sirve de ejemplo en la actualidad y que debiera ser motivo de orgullo para la doctrina patria, y no de cuestionamiento.

En esta línea, resulta patente que las llamadas reglas del “buen gobierno societario” han resultado ineficaces para impedir manejos negligentes, e incluso fraudulentos cuando las empresas se encuentran en la denominada “zona de insolvencia”, y consecuentemente, el interés general del comercio y de las buenas prácticas del mercado requiere de la articulación de un sistema que sancione este tipo de inconductas.

Así, quizá gracias a que la doctrina europea no tiene complejos de inferioridad, sea mediante su influjo que tengamos que volver a articular un sistema como el que alguna vez tuvimos y lamentablemente dejamos que se derogara pese a las advertencias de los grandes maestros.